

ABORTO, EUTANÁSIA, RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO E REPRODUÇÃO ASSISTIDA: INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E BIODIREITO

Manuel Carrasco Durán, autor*

Vilson Fontana, tradutor**

Fernando Francisco Afonso Fernandez, tradutor***

1 A NATUREZA DA ARGUMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O dado mais chamativo da jurisprudência constitucional sobre aspectos relativos às normas que regulam fenômenos conectados com a Bioética, ou seja, o conjunto normativo que denominamos Biodireito, é que esse, normalmente e salvo exceções, operou uma desconstitucionalização do regime jurídico de ditos direitos.

Parece evidente que práticas como a eutanásia ou o suicídio assistido, a interrupção voluntária da gravidez e o uso de técnicas de reprodução assistida envolvam a faculdade das pessoas de tomar opções vitais conforme a preferência ética livremente escolhida e a direitos que têm uma estreita conexão com a idéia da dignidade individual. Sem embargo, ao tratar de problemas relativos a práticas como as citadas, a jurisprudência normalmente compensa os direitos fundamentais afetados em cada caso com uma série de valores e idéias morais que lhe servem de contrapeso, com os quais o resultado é que aquela deixa às leis discricionariedade quase absoluta para estabelecer o regime jurídico desse tipo de fenômeno. De efeito, em uma situação na qual há direitos que apontam para a ampliação do âmbito de faculdades que as pessoas podem exercer em relação a novos fenômenos da

* Professor/Doutor titular de Direito Constitucional da Universidade de Sevilla, Espanha.

** Doutorando do Curso de Direito Constitucional da Universidade de Sevilla, Espanha, e Juiz de Direito da comarca de Florianópolis/SC.

*** Professor da Univali-Tijucas, Mestre em Direito e Advogado.

técnica que afetam a sua vida, a sua intimidade e a sua saúde, contrapõem-se valores objetivos que operam numa direção contrária; a jurisprudência termina deixando ao legislador discricionariedade para optar pela hora de regular tais práticas, por critérios sustentados por maiorias políticas de cada momento em torno de quais elementos, direitos ou limites devem primar na regulação, o que faz com que a jurisprudência constitucional admita tanto regulamentações que permitem de maneira aberta tais práticas como outras que as proíbem ou as limitam drasticamente, passando por regulamentações intermediárias. Em outras ocasiões, a jurisprudência tende, até mesmo, a negar a vinculação de tais práticas com os direitos fundamentais dos indivíduos.

Esse resultado, sem embargo, supõe, diante disso, uma desfundamentalização dos direitos envolvidos nesse tipo de prática. Como é conhecida, a qualidade fundamental de um direito vem determinada, essencialmente, pela resistência de seu *contenido esencial*¹ à lei (que necessariamente deve respeitar dito *contenido*), o qual, ademais, tem eficácia direta para seu exercício por parte dos cidadãos. Deixar para a lei a discricionariedade na regulamentação de um fenômeno dá lugar ao mesmo resultado que se produziria se em dito fenômeno não estivessem em jogo direitos fundamentais. Finalmente, a desfundamentalização do Biodireito supõe, também, sua desconstitucionalização, já que a Constituição penetra neste âmbito material por meio dos direitos fundamentais afetados pelas práticas que esse setor do ordenamento jurídico contempla.

A argumentação jurídica somente tem caráter verdadeiramente constitucional se, em primeiro lugar, os direitos são contrapesados com valores ou bens realmente derivados da Constituição, já que, em caso contrário, diminui-se, na realidade, o valor constitucional dos direitos,

1 O “*contenido esencial*” dos direitos fundamentais aparece regulado na Constituição Espanhola (artigo 53), que o toma da Lei Fundamental de Bonn, e é um limite à sua regulação pela Lei. A Lei pode regular os direitos fundamentais, e até há de fazê-lo, porém a regulamentação não pode afetar seu “*contenido esencial*” (nota do tradutor).

ao admitir-se que fiquem limitados por elementos não reconhecidos pela Constituição. Ademais, a contraposição entre direitos individuais e valores ou bens objetivos que se utilizem como limites àqueles deve observar técnicas de argumentação de natureza constitucional. Em relação a esse último ponto, desempenha um papel muito importante para determinar a validade constitucional de um limite interposto por uma lei a um direito fundamental a aplicação do princípio da proporcionalidade, em suas três facetas: *adequação* ou *idoneidade*, em que o limite deve ser útil para conseguir evitar a quebra de um valor ou bem reconhecido pela Constituição; *necessidade*, em que o limite só é admissível se não existirem meios que conseguiriam a finalidade pretendida com um grau menor de sacrifício do direito fundamental afetado; e *proporcionalidade em sentido estrito*, que significa que a sociedade deve receber, na aplicação do limite, benefícios que compensem a diminuição que supõe ao indivíduo a limitação ou privação do benefício em uma determinada situação. Isso faz com que regulamentações que impeçam ou limitem drasticamente o acesso a práticas nas quais estão envolvidos direitos fundamentais devam ser examinadas com um rigor especial desde uma argumentação que se quer denominar como constitucional.

Começaremos expondo os resultados aos quais se chega a uma construção doutrinal de natureza constitucional relacionada com o reconhecimento do direito ao consentimento informado para, posteriormente, remarcar as distintas conclusões que se derivam da utilização de uma argumentação que não tem verdadeira natureza constitucional para tratar fenômenos como o suicídio assistido, a interrupção voluntária da gravidez ou o acesso a técnicas de reprodução assistida.

2 O DIREITO AO CONSENTIMENTO INFORMADO

Um exemplo de raciocínio constitucional é o que a jurisprudência aplica atualmente ao direito do paciente ao consentimento informado, que

implica no direito de renunciar a um tratamento médico. Na jurisprudência dos Estados Unidos, a decisão do Tribunal de Apelação de Nova York no caso *Schloendorff* (1914) marca o começo da doutrina segundo a qual a mera intervenção de um médico sem o consentimento do paciente supõe uma agressão (*assault*), pela qual se pode reclamar legalmente danos², de maneira que se dá um passo além da jurisprudência anterior, que vinha condenando os médicos somente se a intervenção causava algum dano físico ao paciente. A sentença do caso *Schloendorff* se baseou não só no direito à integridade física (*bodily integrity*) do paciente, mas, também, em seu direito à autodeterminação (*right to self-determination*). Finalmente, o Tribunal Supremo admitiu que o direito ao consentimento informado (*informed consent*)³ deriva do direito da liberdade (*liberty interest*), reconhecido pela Constituição na 14ª Emenda [caso *Washington v. Harper* (1990⁴)], ou no *liberty interest* e no direito a um julgamento justo da 6ª Emenda [caso *United States v. Riggins* (1992⁵)]. A sentença do Tribunal Supremo dos Estados Unidos mais significativa sobre essa matéria é a relativa ao caso *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* (1990)⁶, que afirma que o indivíduo tem direito fundado na Constituição a recusar tratamentos médicos não desejados que se deduzem de seu direito fundamental à integridade física e no *liberty interest* vinculado ao direito ao devido processo (*due process of law*) da 14ª Emenda. Como assinala a sentença:

La noción de integridad física ha sido vinculada a la exigencia de consentimiento informado requerida generalmente para tratamiento médico... El corolario lógico de la doctrina del consentimiento informado es que el paciente posee en general el derecho a no consentir, es decir, a rechazar un tratamiento... El principio de que una persona

2 “Every human being of adult years and sound mind has the right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent commits an assault, for which he is liable in damages” [*Schloendorff v. Society New York Hospital*, 105 N. E. 92 (1914)].

3 O termo “*informed consent*” aparece pela primeira vez em 1957, na sentença que decide o caso *Salgo v. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees* [317 P.2d 170 (Cal. App. 1957)].

4 494 U.S. 210 (1990)

5 504 U.S. 127, 243 (1992)

6 497 U.S. 261 (1990)

*capaz tiene un derecho a la libertad constitucionalmente protegido para rehusar tratamientos médicos no queridos puede ser derivado de nuestras sentencias anteriores*⁷.

No mesmo sentido, o Tribunal Supremo de Nevada autorizou em novembro de 1990, no caso *Mckay v Bergstedt*⁸, a retirada do respirador de um jovem tetraplégico, ao fundamento de que o direito do indivíduo a decidir tem mais valor que o interesse do Estado em preservar a vida. Da mesma forma, é significativa a controvérsia judicial que envolveu o caso *Schiavo*, tanto por sua importância jurídica como pela repercussão social do caso⁹.

7 “The notion of bodily integrity has been embodied in the requirement that informed consent is generally required for medical treatment... The logically corollary of the doctrine of informed consent is that the patient generally possess the right not to consent, that is, to refuse treatment... The principle that a competent person has a constitutionally protected liberty interest in refusing unwanted medical treatment can be inferred from our prior decisions.”

No caso, discutia-se se era de acordo com a Constituição que a Lei do Estado de Missouri exigisse “*clear and convincing evidence*” de que a interrupção do tratamento médico é a vontade pessoal dos pacientes para permitir aos seus representantes outorgar consentimento válido à dita interrupção, no caso de a enfermidade de que sofrem os pacientes os levar a uma situação que lhes impeça de expressar seu desejo de que o tratamento que estão recebendo para os manter vivos seja interrompido. A sentença considerou que pode derivar da Constituição o direito do paciente a não consentir tratamentos não desejados, porém, ao mesmo tempo, entendeu, também, que, no caso de que o consentimento se outorgue por representação, são conformes com a Constituição as precauções expressadas na lei discutida, dirigidas a assegurar que a decisão de não continuar o tratamento realmente corresponda à vontade do paciente.

A demanda mediante a qual se pretendia retirar da Senhora Cruzam os aparelhos de hidratação e alimentação que a mantinham com vida foi indeferida porque os demandantes não chegaram a provar de uma forma clara e convincente que dita decisão correspondia a um desejo da Senhora Cruzam. Sem embargo, posteriormente, aportou-se prova adicional que conduziu a uma resolução judicial que entendeu que havia evidência clara e convincente de que os desejos por aquela expressados, quando ainda era capaz, foram no sentido de querer que os tubos lhes fossem desconectados.

8 801. p. 2d 617, 637 (1990).

9 A senhora Schiavo havia permanecido em estado vegetativo desde 1990. Em 1998, seu marido obteve resolução judicial a qual autorizava a equipe médica que a atendia a retirar os meios que a mantinham viva. Os pais da senhora Schiavo iniciaram uma batalha judicial no curso da qual se produziram várias resoluções judiciais que indeferiram sempre suas pretensões. O Congresso da Flórida chegou a aprovar uma lei em outubro de 2003 que permitia ao Governador decidir sobre certas decisões judiciais e cujo motivo era tratar especificamente o caso de Schiavo, que havia sido desconectada dos aparelhos que a alimentavam, pela segunda vez, em 15 de outubro de 2003 (anteriormente os aparelhos haviam sido desconectados em 2001, porém a ordem judicial foi revogada poucos dias após por outro tribunal). Essa lei foi declarada inconstitucional pela Corte Suprema da Flórida no dia 23 de setembro de 2004. Em 18 de março de 2005, foram retirados por ordem judicial os tubos de nutrição e hidratação de Tereza Schiavo, que morreu em 31 de março. Em 21 de março de 2005, o presidente George Bush promulgou uma lei para tratar do caso Schiavo, que não evitou o desenlace. Esse assunto é importante pois teve uma solução distinta do caso Cruzam. De fato, a senhora Schiavo não havia deixado escritas instruções acerca de sua vontade em caso de que se produzisse essa situação, porém seu marido assegurou que ela jamais quis ser mantida com vida de maneira artificial, em um estado vegetativo e sem esperança de recuperação.

Na Espanha, as sentenças da Sala Primeira do Tribunal Supremo¹⁰, de 12 de janeiro de 2001 e 11 de maio de 2001, consideraram o consentimento informado como “*um derecho humano fundamental*”, que toma sua base no “*derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo*» e que está fundamentado “*en la misma Constitución española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10.1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupa el artículo 1.1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias*”. Para essas sentenças, o consentimento informado é “*consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia*”. Se bem que a jurisprudência do Tribunal Supremo segue oscilando entre as decisões que, seguindo a doutrina clássica, exigem que a intervenção não consentida do médico seja a causa de um dano sofrido pelo paciente para lhe reconhecer o direito a ser indenizado, e outras que,

10 Na Espanha, o Tribunal Supremo é a mais alta Corte da Justiça ordinária, sem competência para apreciar a inconstitucionalidade de lei (somente pode julgar nos casos em que a lei é reconhecida como constitucional pelo próprio Tribunal).

Por sua vez, O Tribunal Constitucional é órgão independente dos demais poderes, fora, portanto, do Poder Judiciário, com organização prevista no art. 159 da CE (Constituição Espanhola), que estabelece:

1. El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey: de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

2. Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

3. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.

4. La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal; y con cualquier actividad profesional o mercantil.

En lo demás los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial.

O art. 161 da CE estabelece que é competência exclusiva do Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou as disposições normativas com força de lei, por meio dos processos de declaração de inconstitucionalidade ou do recurso de amparo (nota do tradutor).

conforme uma doutrina mais atual, entendem que a falta de informação constitui, por si mesmo, “*un daño moral grave en sí mismo, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención*”, ainda que o dano físico sofrido pelo paciente não seja imputável à intervenção não consentida do médico (STS de 4 de abril de 2000) (GUERRERO ZAPLANA, 2004, p. 173-226).

Para o Tribunal Constitucional, a recusa a um tratamento, ao supor a oposição do paciente à ingerência alheia sobre seu próprio corpo, supõe exercitar

*un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal – como distinto del derecho a la salud o a la vida – y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 de la Constitución)*¹¹.

O caso que teve maior repercussão na opinião pública foi o de Inmaculada Echevarría, uma pessoa afetada por uma distrofia muscular progressiva, que solicitou a retirada do respirador que a mantinha viva há nove anos. Em 11 de março de 2007, a *Junta de Andaluzia*¹² decidiu aceitar sua petição.

A sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos de 29 de abril de 2002, no caso *Pretty contra Reino Unido*, entendeu também que

la imposición de un tratamiento médico sin la aprobación del paciente si es adulto y sano mentalmente se considera un ataque a la integridad física del interesado que afecta a los derechos protegidos en el artículo 8.1 del Convenio (fundamento jurídico 63).

Esta vinculação do direito ao consentimento informado com direitos fundamentais do paciente supõe que as leis devem necessariamente reconhecer a faculdade de exercer tal direito e que somente poderão limitar

11 STC 154/2002, FJ 9. – As sentenças do Tribunal Constitucional mencionadas no texto são antecedidas da sigla STC e complementadas com o número da decisão de acordo com o ano em que são proferidas (independentemente do número de origem do processo). Podem ser consultadas no *site* www.tribunalconstitucional.es (nota do tradutor).

12 A *Junta de Andaluzia* é o Governo da Comunidade Autónoma de Andaluzia.

aquele no caso de, em situações determinadas, seu exercício afetar direitos fundamentais de outras pessoas, bens ou valores cuja proteção encontre um fundamento constitucional¹³.

Por exemplo, no caso das Testemunhas de Jeová ou de adeptos de outras seitas que rejeitam, por motivos religiosos determinados, tratamentos¹⁴, os órgãos judiciais, normalmente, autorizam submeter a ditos tratamentos os menores de idade, precisamente no interesse deles e dada a sua falta de capacidade, mesmo quando há a oposição de seus pais, se bem que as decisões variam segundo os fatores concorrentes em cada caso, como pode ser a maior ou a menor urgência da intervenção, o maior ou o menor risco para a vida do menor se não se produz a intervenção médica ou o seu grau de maturidade, se esse manifesta seu desejo de não se submeter aos tratamentos incompatíveis com suas crenças religiosas¹⁵.

Em definitivo, a constitucionalização do *status* do paciente em sua relação com o médico gerou uma modificação na forma tradicional de

13 Desse modo, o artigo 9 da Lei n. 41/2002, de 14 de novembro, reguladora da autonomia do paciente e de direitos e obrigações em matéria de informação e documentação clínica, estabelece que os facultativos poderão levar a cabo as intervenções clínicas indispensáveis em favor da saúde do paciente, sem necessidade de contar com seu consentimento, quando exista risco para a saúde pública por causa de razões sanitárias estabelecidas pela lei e quando exista risco imediato grave para a integridade física ou moral do enfermo e não possibilite conseguir sua autorização consultando, quando as circunstâncias o permitem, seus familiares ou a pessoas vinculadas de fato a ele. O mesmo artigo estabelece os casos em que é possível o consentimento por representação.

14 Mais radical é o caso dos seguidores da *Christian Science* (*Church of Christ Science*), que recusam todo tratamento médico em geral, de maneira que somente alguns de seus adeptos utilizam analgésicos contra a dor, ou os seguidores da Igreja do Tabernáculo (*Faith Tabernacle Church*), que não aceitam as vacinações obrigatórias.

15 A STC 154/2002 é significativa de qual é a fronteira entre o tratamento forçado e o respeito à liberdade religiosa. No caso, estão implicados os pais e seu filho, que eram Testemunhas de Jeová. Os médicos haviam diagnosticado a necessidade de transfusão de sangue no menino. Os pais e o filho negaram-se à prática da transfusão, e o hospital, no qual houve o primeiro ingresso, solicitou uma autorização judicial para poder levar a cabo a transfusão. Sem embargo, os médicos não puderam executar a ordem do Juiz em razão da forte oposição do menino. Finalmente, após uma larga série de episódios, o menino ingressou em outro hospital, no qual os médicos levaram a cabo a transfusão de sangue conforme uma nova decisão judicial, porém a gravidade do estado em que se encontrava o menino naquele momento fez com que dita transfusão não tivesse efeito, o que o levou à morte. Os pais foram condenados como culpados do delito de homicídio pelo Tribunal Supremo, porque não consentiram em autorizar a transfusão, nem tentaram convencer o filho a aceitar a referida prática, além do que haviam tratado de impedir a prática da transfusão. O Tribunal Constitucional entendeu, no fundamento jurídico 15 da dita decisão, que "la expresada exigência a los padres de una actuación persuasiva o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaran sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice em su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa y va más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor".

administrar a medicina. O fato de fundar a capacidade de decidir dos pacientes em seus direitos fundamentais impôs um câmbio no modelo tradicional da prática médica baseado no princípio objetivo de beneficência por outro baseado no princípio subjetivo de autonomia individual do paciente. Certamente, o modelo baseado na autonomia do paciente segue confrontando com algumas resistências entre os médicos, porém, o fato de que o consentimento informado encontra sua raiz nos direitos fundamentais faz com que o direito do paciente a que os tratamentos que se lhe apliquem respeitem os termos do seu consentimento prevaleça sobre a inércia derivada dos modos tradicionais de aplicar a medicina. Esse fato, ademais, obriga a questionar as controvérsias derivadas da negativa dos pacientes em receber determinados tratamentos quando há conflitos entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens e valores constitucionais garantidos pelo Estado e a aceitar somente limitações ao direito do paciente ao consentimento informado quando realmente obedçam à necessidade de proteger alguns de tais direitos, bens ou valores e se mostrem como proporcionados em relação com o fim que os motiva.

3 O DIREITO DE DECIDIR SOBRE A PRÓPRIA MORTE

Ao contrário do que ocorre com o direito ao consentimento informado, a prática jurídica não deu ainda o passo para reconhecer o *status* de fundamental ao direito das pessoas de decidir sobre sua própria morte. São significativas as seguintes palavras da STC 120/1990:

Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del agere licere, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique

*la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho*¹⁶.

Por isso, o indivíduo somente poderá exercer seu direito de decidir sobre a sua própria morte nos termos em que lhe permita a legislação vigente. O direito de a pessoa de decidir sobre a sua própria morte não deriva do direito à vida reconhecido pela Constituição, como reafirmou a sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, de 29 de abril de 2002 (*Caso Pretty v Reino Unido*).

A STC 120/1990, seguindo o estabelecido pela STC 53/1985, considera a vida como um bem objetivo ou valor fundamental, pressuposto de todos os direitos, que pode ser imposto à pessoa, até mesmo contra a sua vontade. Ainda, as atuações do indivíduo tendentes a causar sua morte podem ser objeto de limites especiais, que não seriam aplicáveis a pessoas em situação normal, quando aquele se vê submetido a uma relação de especial sujeição, ou seja, quando aquele se encontra internado em um estabelecimento público e, portanto, tem de respeitar as regras de ordem interna e disciplinas próprias de dito estabelecimento, como ocorre no caso dos presos¹⁷. Como resultado, o preso é livre para se declarar em greve de fome, como sucedeu no caso resolvido pela sentença citada, porém, a Administração pode, ao mesmo tempo, alimentá-lo forçosamente, até mesmo quando a técnica de alimentação forçada afete sua integridade física e frustre o logro pretendido por aquele.

Finalmente, a situação do preso em sua relação com a administração, nessas situações, fica privada do seu *status* de fundamental e, portanto, submetida ao *contenido* concreto que em cada momento adotam as normas

16 STC 120/1990, FJ 7.

17 A sentença trata sobre o recurso de vários presos do bando terrorista ETA que se declararam em greve de fome para demandar o agrupamento de todos os presos do bando no mesmo centro penitenciário.

reguladoras da ordem interna da disciplina do centro penitenciário. A situação é muito diferente quando se deriva da constitucionalização do direito ao consentimento informado, que alcança também os presos. Assim, por exemplo, nos Estados Unidos, o Tribunal de Apelações do Décimo Circuito decidiu, no caso *Bee v. Greaves*¹⁸ (1984), que a administração forçosa de substâncias psicotrópicas a um recluso entra no âmbito da *privacy* protegida pela 1ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos e somente poderia ser levada a cabo se contivesse um interesse imperioso (*compelling interest*) do Estado. O Tribunal Supremo também decidiu, no caso *Washington v Harper* (1990), que a injeção de medicamentos não consentida representa uma substancial interferência no *liberty interest* protegido pela 14ª Emenda, que não pode ser admitida pelo fato de que a pessoa na qual se administra o medicamento está interna em um centro penitenciário. No caso *United States v Riggins* (1992), o Tribunal Supremo adicionou aos argumentos da decisão do caso *Harper* que o *liberty interest* em jogo deriva do direito a um julgamento justo, reconhecido pela 6ª Emenda (TARODO SORIA, 2006, p. 243).

Não obstante, os principais problemas nesta matéria surgiram em relação à eutanásia. A esse respeito devem distinguir-se: a *eutanásia passiva*, caracterizada pela omissão de determinados procedimentos terapêuticos que somente conseguiriam prolongar artificialmente a vida e retardar desnecessariamente uma morte segura, ou mediante a desconexão ou supressão de procedimentos técnicos extraordinários incapazes de evitar a morte; a *eutanásia ativa indireta*, que consiste na aplicação de medicamentos ou tratamentos paliativos da dor, que podem adiantar a morte, e a *eutanásia ativa*, que é a produção da morte mediante um comportamento positivo na fase terminal de uma enfermidade mortal ou em casos de padecimentos incuráveis ou insuportáveis (GARCÍA ARAN, 1995, p. 13-14). O primeiro caso é somente uma consequência do direito de recusar um tratamento

18 744 F.2d 1387, 1394 (10ª Cir. 1984).

médico, que deriva do consentimento informado, como examinamos anteriormente. Os outros dois casos entram no que se costuma denominar “suicídio assistido”, que, normalmente, está penalizado no Código Penal de distintos países.

O fato de que não se origina da Constituição um direito fundamental de decidir sobre a própria morte¹⁹, em situações de grave padecimento físico e psíquico faz com que a regulação da eutanásia fique por conta do que estabelecem as leis.

A jurisprudência dos Estados Unidos não constitucionalizou o direito à eutanásia. Por exemplo, não existe na sentença do caso *Cruzan* um pronunciamento sobre um direito constitucional de decidir sobre a própria morte. A sentença funda seu pronunciamento favorável à existência de um direito fundado na Constituição de rejeitar tratamentos não desejados em princípio como o direito à integridade física e ao consentimento informado, porém, não menciona as idéias de autonomia ou autodeterminação individual. O mesmo Tribunal Supremo dos Estados Unidos, na sua sentença do caso *Washington v Glucksberg*²⁰, entendeu como de acordo com a Constituição a Lei do Estado de Washington que considerava culpada de um delito de tentativa de suicídio a pessoa que causara ou ajudara outra pessoa a tentá-lo, diante de uma demanda de médicos de Washington que alegavam que a lei lhes proibia prescrever medicação para acelerar a morte de três enfermos graves que haviam expressado seu desejo de morrer. A sentença, paradoxalmente, admite que “a decisão de cometer suicídio com a assistência de outro pode ser exatamente tão pessoal e profunda como a decisão de rejeitar tratamento médico não desejado”, porém, ao mesmo

19 Alguns Estatutos de Autonomia (que no Brasil equivalem às Constituições Estaduais), recentemente aprovados, reconhecem como direito o testamento vital e a dignidade ante o processo da própria morte, como, por exemplo, os Estatutos da Cataluña e Andaluzia, se bem que não chegaram a reconhecer um direito ao suicídio assistido. A legislação penal é competência do Estado e o Código Penal penaliza o suicídio assistido (arts. 149.1.6 da Constituição Espanhola e 143 do Código Penal).

20 521. U.S. 702 (1997).

tempo expressa que “aquela nunca gozou de similar proteção legal”, e concluiu acrescentando que, “de fato, os dois atos são considerados claros e razoavelmente como muito diferentes”. Uma fundamentação similar serve ao Tribunal Supremo, no caso *Vacco v. Quill*²¹, também para cassar a sentença do Tribunal de Apelações de Nova York que sustentou que uma lei do dito Estado violava o direito de igual proteção (*equal protection*) porque permitia aos pacientes recusar tratamento médico que lhes pudesse salvar a vida, porém considerava delito ajudar outra pessoa a cometer suicídio.

Na Espanha, deve citar-se, especialmente, a sentença da Audiência Provincial de La Coruña, de 13 de novembro de 1996, sobre o caso Ramón Sampredo, na qual, baseando-se nos argumentos da STC 120/1990, decidiu que aquele não tinha direito de lograr que se lhe administrasse um medicamento para terminar com sua vida, já que não podia exercer um direito à própria morte²².

As sentenças anteriores admitem, pois, a diferença que as leis estabelecem entre o direito de rejeitar um tratamento e o suicídio assistido; porém, ao fazê-lo assim, fundamentam-se somente em termos legais. Pelo contrário, se estivessem fundamentadas em termos constitucionais, seriam obrigadas a se perguntar se dita diferença estava justificada, levando em conta que, como admite a sentença do caso *Washington v. Glucksberg*, ambas as condutas estão baseadas em razões pessoais e profundas. Desde o ponto de vista do Direito Constitucional, o que interessa é, precisamente, o vínculo do suicídio assistido com a liberdade ideológica e a autonomia da pessoa, não o tipo de intervenção que supõe ditas atuações. Consideramos que, desde a perspectiva constitucional, é mais correto falar de um eventual

21 521 U.S. 793 (1997).

22 O filme “Mar adentro”, rodado na Espanha em 2004, com a direção de Alexandro Amenábar, retrata o drama da morte de Ramón Sampredo. Mais informações no site <http://www.comciencia.br/resenhas/2005/05/resenha1.htm> (nota do tradutor).

direito de decidir sobre a própria morte do que de um direito a morrer, já que é a liberdade e a autonomia da pessoa que estão em jogo.

No aspecto legislativo, foi o Estado de Oregon o primeiro lugar do mundo em que se legalizou a eutanásia, o que foi elevada a cabo mediante a *Oregon Death with Dignity Act*, que foi aprovada no referendo de 19 de novembro de 2004 por 51.3% dos votantes, e que entrou em vigor após uma complicada controvérsia jurídica em 27 de outubro de 1997. A lei autoriza os médicos a prescrever substâncias letais aos pacientes que as solicitarem, em estado terminal, com seis meses de esperança de vida, se bem que serão os próprios enfermos a subministrar tais substâncias. Um provimento que promovia a derrogação da lei foi rechaçado em 1997 por 60% dos votantes. Finalmente, o Tribunal Supremo dos Estados Unidos decidiu, em 2006, que o Ministro da Justiça não pode anular leis dos Estados que versem sobre o uso apropriado de medicamentos que não estão proibidos, e, desse modo, confirmou a aplicação da *Oregon Death with Dignity Act*²³.

Sem embargo, o primeiro País do mundo a legalizar a eutanásia ativa foi a Holanda em 2001, ainda que essa prática tenha sido tolerada por anos em dito País. De fato, em 1984, o Tribunal Supremo Holandês admitiu a possibilidade de não sancionar alguns atos de eutanásia, e em 1993 foi aprovada uma lei que, ainda que não chegasse a despenalizá-la, contemplava sua aplicação em determinados casos. Finalmente, o Senado Holandês aprovou em 10 de abril de 2001 a Lei de Terminação da Vida a Pedido Próprio e Auxílio a Suicídio, que exime de responsabilidade penal os médicos que praticam a eutanásia sempre que um enfermo em fase terminal o decida livremente e esteja submetido a um sofrimento insuportável e sem expectativa de melhora²⁴. Também a Bélgica, mediante a Lei relativa à eutanásia, de 23 de setembro de 2002, despenalizou-a

23 Caso *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006)

24 A Lei entrou em vigor em 1º de abril de 2002.

para os adultos em certos casos e sob estritas condições. Ambos os países preparam na atualidade uma regulamentação da eutanásia para crianças e pessoas dementes.

A eutanásia foi também permitida durante um tempo no Território do Norte da Austrália, mediante a *Right of the Terminally III Act*, que foi aprovada em 25 de maio de 1995 e entrou em vigor em julho de 1996, porém derogada pelo Parlamento Federal em 24 de março de 1997.

O suicídio assistido é permitido na Suíça pelo artigo 115 do Código Penal. Naquele País, uma sentença do Tribunal Supremo de 2 de fevereiro de 2007 estendeu essa faculdade aos enfermos psíquicos com autorização médica.

No Reino Unido há um projeto de lei na Câmara dos Lordes sobre a legalização da eutanásia voluntária, e, na Califórnia e em Vermont (Estados Unidos), também tramitam leis sobre essa prática, pois seguem o modelo de Oregon.

Sem embargo, nos anteriores casos, o reconhecimento do direito de decidir sobre a própria morte ficou no nível legislativo²⁵. Da mesma forma em que houve o reconhecimento da possibilidade de aceder a determinadas práticas de eutanásia, os países anteriores podiam também ter deixado de regular este tema, como ocorre na maioria deles. O único caso de reconhecimento Constitucional do direito à eutanásia se deve à Jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, que, na sentença de 20 de maio de 1997, estabeleceu:

La decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser

25 É mais frequente o reconhecimento da faculdade de ditar os documentos de vontade antecipada ou instruções prévias, mediante os quais as pessoas podem manifestar antecipadamente sua vontade sobre cuidados e tratamentos de saúde, ou, uma vez chegado o falecimento, sobre o destino de seu corpo ou de seus órgãos, com o objetivo de que dita vontade se cumpra no momento em que cheguem situações nas quais não seja capaz de expressar pessoalmente (*vide* Art. 11 da Lei n. 41/2002, de 14 de novembro). Os documentos de vontade antecipada ou as instruções prévias foram regulados, ademais, pelas Comunidades Autônomas. Sobre o tema, *vide* J. Guerreiro Zaplana (2004, p. 113-163).

curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas. El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente²⁶.

A consequência da sentença anterior é clara: o Código Penal não pode penalizar o auxílio ao suicídio dos pacientes que se encontram na situação descrita, e a norma que a penaliza seria contrária à Constituição. Dito em outros termos, da constitucionalização do direito de acolher-se o suicídio assistido (ou “homicídio por piedade”, utilizando a terminologia de uso na Colômbia), em tais casos, deriva-se a obrigação de o Estado, até mesmo do Poder Legislativo, respeitar a prática desse direito²⁷.

A prática que proíbe o suicídio assistido nos casos de enfermos terminais ou sem esperança de cura submetidos a graves padecimentos utiliza a vida como um valor objetivo que a sociedade pode impor a uma pessoa, até mesmo contra a sua vontade. Com isso, faz uma interpretação incorreta da Constituição. Por uma parte, a Constituição reconhece o direito à vida como um direito subjetivo, que, como tal, deve considerar-se renunciável, como ocorre com os demais direitos fundamentais, tais como o direito à integridade física (pode-se sancionar um jovem que coloca um *piercing* argumentando que a integridade física das pessoas é um valor objetivo fundamental?) ou o direito à intimidade (pode-se sancionar uma atriz que revela detalhes da sua vida íntima durante uma entrevista na televisão sob o argumento de que a garantia da intimidade das pessoas é um valor objetivo fundamental?).

26 Sentença C-239/97, de 20 de mayo de 1997. Vide http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/SC239_97.HTM

27 A sentença da Corte Constitucional da Colômbia declarou em conformidade com a Constituição o art. 326 do Código Penal colombiano, que regula o chamado “homicídio por piedade”, porém, “com a advertência de que, no caso dos enfermos terminais em que concorra a vontade livre do sujeito passivo do ato, não poderá derivar-se responsabilidade para o médico autor, pois a conduta está justificada”, e, seguidamente, decidiu “exortar ao Congresso para que, no mais breve tempo, e conforme os princípios constitucionais e as elementares considerações de humanidade, regule o tema da morte digna”.

Por outra parte, a prática de proibir o chamado suicídio assistido dá preferência objetiva ao valor da vida, porém, não leva em consideração o dado evidente de que os enfermos terminais ou sem esperança de cura sobrevivem em condições que afetam seu direito à integridade física e moral e, até mesmo, seu direito à honra e à intimidade, quando submetidos a graves padecimentos causados por sua doença ou pelos aparatos médicos com os quais são tratados. Ainda, tal prática faz prevalecer o valor da vida, em sentido objetivo, sobre o valor da dignidade dessa.

Pertence ao indivíduo a opção de decidir a quais de seus direitos fundamentais dá prioridade em uma situação em que sua decisão não afeta a terceiros pessoas. Não é função do Estado decidir, com base nas valorações éticas ou filosóficas, quais direitos ou valores têm prioridade sobre outros quando a decisão somente afeta o indivíduo envolvido no caso (MORENO ANTÓN, 2004, p. 69).

Certamente, não pode admitir-se um conceito de direitos fundamentais como absolutamente renunciáveis, dando por suposto que o consentimento para a sua violação sempre é livre. O Estado não pode debilitar ou eliminar a proteção de tais direitos (GARCIA ARÁN, 1995, p. 23). Sem embargo, a decisão nos casos em que o direito à vida entra em conflito grave com outros direitos fundamentais que derivam diretamente do respeito inerente à dignidade humana deve ser deixada ao indivíduo, que opta pelos direitos fundamentais que deseja exercer, com preferências em ditas situações concretas de acordo com suas próprias opções vitais livremente formadas.

A prática de proibir o suicídio assistido acolhe uma interpretação da vida como mero dado fisiológico, quando, a pensar na vida humana, deve ter-se em conta, como disse Engelhardt, que as pessoas em sentido estrito são seres autoconscientes, livres em suas eleições, capazes de juízo moral (ENGELHARDT, 1995, p. 15). A vida humana é a união do dado

fisiológico que define um ser que vive com o dado espiritual que supõe o fato de ser capaz e ter vontade e decisão livres. Para entender a vida humana, é necessário reconhecer a pessoa como indivíduo, capaz de querer e decidir de forma livre segundo opções ideológicas individuais próprias e escolhidas livremente. É a individualidade da pessoa que protege direitos tais como os que garantem a liberdade ideológica, a intimidade e a honra, e, ao mesmo tempo, o respeito à dita individualidade é o fundamento da dignidade humana.

Nesse sentido, a interpretação do direito à vida deve integrar-se com outros princípios fundamentais como a dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade, assim como com os direitos fundamentais mais diretamente vinculados à garantia da dignidade humana.

4 O DIREITO DE INTERROMPER A GRAVIDEZ

Como norma geral, tampouco se tem reconhecido *status* de fundamental ao direito de interromper a gravidez. Por exemplo, a STC 53/1985 parte da premissa de que o *nasciturus* não é titular do direito constitucional à vida, porém, constitui um bem jurídico, cuja proteção se encontra na Constituição, em razão do fato de que encerra um valor fundamental — a vida humana — garantido pelo artigo 15 da Constituição Espanhola, que reconhece o direito à vida. Isso implica, em caráter geral, em duas obrigações para o Estado: abster-se de interromper ou de obstaculizar o processo natural de gestação e o de estabelecer um sistema legal para a defesa da vida que suponha uma proteção efetiva dessa e que, dado o seu caráter fundamental, inclua, também, como última garantia, as normas penais. Ao mesmo tempo, a sentença reconhece que a vida do *nasciturus* pode entrar em conflito com direitos relativos a valores constitucionais de significado muitíssimo relevante, como a vida e a dignidade da mulher. Desse modo, tem em consideração o valor jurídico fundamental da dignidade da pessoa que, sem prejuízo dos direitos que lhe são inerentes, encontra-se intima-

mente vinculado com o livre desenvolvimento da personalidade (art. 10 CE) e os direitos à integridade física e moral (art. 15 CE), à liberdade de idéias e crenças (art. 16 CE) e à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem (art. 18.1 CE), e admite que “*la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás*”. Finalmente, a sentença reconhece a constitucionalidade das três circunstâncias de despenalização da interrupção voluntária que atualmente reconhece o Código Penal (grave perigo para a vida ou saúde da gestante, gravidez em razão de violação e graves anomalias físicas ou psíquicas do feto), porque, após uma ponderação, encontra direitos fundamentais da mãe que se vêem afetados em cada um dos referidos casos e que, a seu juízo, a lei pode legitimamente preferir sobre a vida do *nasciturus*. Com isso, sem embargo, deixa à discrição da lei a determinação dos casos nos quais a interrupção voluntária da gravidez está permitida e ao contrário daqueles em que está sancionada.

Nesse caso, produz-se um claro contraste com a jurisprudência dos Estados Unidos. A sentença do Tribunal Supremo, de 22 de janeiro de 1973 (caso *Roe v. Wade*²⁸), estabeleceu que a lei do Texas que proibia o aborto, exceto no caso de perigo de morte para a mãe, era inconstitucional em razão do fato de que limitava o direito à privacidade sem que existisse um *compelling state interest* que justificasse tal limite e, portanto, violava a cláusula que garantia o direito ao referido processo (*due process*).

Em *Roe v. Wade*, o Tribunal sustentou que, por ser o acesso ao aborto um direito constitucional, derivado do direito à intimidade, os Estados somente poderiam intervir se ele fosse pretendido depois de seis meses de gravidez. Durante os últimos três meses de gravidez, o feto é considerado viável, portanto, sua vida é objeto de proteção, pelo que os Estados po-

28 410 U.S. 113 (1973).

deriam regular ou proibir o aborto depois de seis meses de gravidez. Não obstante, o âmbito desta doutrina foi estendido em *Doe v. Bolton* (1973)²⁹, caso no qual o Tribunal Supremo entendeu que uma mulher tem o direito constitucional ao aborto a partir do sexto mês de gravidez se o médico, em seu melhor juízo clínico e à luz da idade da paciente e de suas circunstâncias físicas, emocionais, psicológicas e familiares, concluir que é “*necesario para su salud física o mental*”.

Na sentença *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992), o Tribunal Supremo confirma a vigência da jurisprudência estabelecida no caso *Roe v. Wade*. Assim, essa sentença declarou que as decisões relativas à própria saúde são inerentes à liberdade pessoal e que constituem uma das mais básicas decisões da pessoa humana, que envolve a autonomia pessoal e a integridade corporal e que revela uma visão íntima e um profundo caráter pessoal. Sem embargo, ao mesmo tempo, dita sentença estabeleceu que estavam de acordo com a Constituição os artigos da lei da *Pennsylvania* em discussão, que estabeleciam determinados requisitos para que a mulher pudesse interromper sua gravidez ao entender que não podia deduzir-se que tal lei tivesse o propósito de colocar empecilhos para a mulher que procura um aborto³⁰. No caso *Stenberg v. Carhart* (2000), o Tribunal declarou nula uma lei que restringia o acesso a certos procedimentos de aborto praticados no segundo trimestre de gravidez (procedimentos de aborto parcial ou *partial birth abortion*), tendo em vista que a lei violava o direito de utilizar o método de aborto mais seguro, não explicitando exceções à proibição, no caso em que estivesse em jogo a saúde da mulher e era inaceitavelmente vaga e, por isso, podia ser interpretada potencialmente no sentido de incluir uma proibição dos abortos mais freqüentes

29 410 U.S. 179 (1973).

30 505 U.S. 833 (1992).

entre os praticados no segundo trimestre de gravidez, o que obstaculiza, de tal modo, o direito de as mulheres escolherem³¹.

Sem embargo, a sentença do Tribunal Supremo em *Gonzales v. Carhart*³² (2007) sustentou que a *Partial Birth Abortion Ban Act*, a qual o Congresso havia aprovado em 2003 e que vários tribunais de apelações haviam rechaçado posteriormente, estava de acordo com a Constituição. O Tribunal considerou que, nesse caso, os demandantes não puderam demonstrar que a Lei fora uma norma vazia por sua abstração ou que impusera empecilhos indevidos ao direito de a mulher abortar, baseada no âmbito da norma ou no fato de que não contemplara uma exceção à proibição de tal prática no caso de que se encontrara em risco a saúde da mulher. Embora, com essa sentença, não tenha chegado o Tribunal a reverter expressamente sua jurisprudência anterior nessa matéria, pode-se tomá-la como um primeiro passo na direção de volta, desde sua anterior posição em torno do direito ao aborto, especialmente se forem comparados seus pronunciamentos com os contidos na sentença sobre o caso *Stenberg v. Carhart*.

5 O DIREITO À REPRODUÇÃO

Trata-se de outra matéria cuja regulação foi deixada à discricionariedade dos Estados. É significativa a sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, de 7 de março de 2006 (caso *Evans v. Reino Unido*), que entende, no seu fundamento jurídico 62, que

ya que el recurso al tratamiento por fecundación in vitro suscita delicadas preguntas de orden moral y ético, que se inscriben en un contexto de rápida evolución de la ciencia y de la medicina, y que las cuestiones planteadas en este caso se refieren a ámbitos en los que no existe una clara concordancia de opiniones entre los Estados

31 530 U.S. 914 (2000).

32 550 U.S. (2007).

*miembros, el Tribunal considera que procede conceder al Estado demandado un amplio margen de apreciación*³³.

Na sentença do mesmo Tribunal, de 18 de abril de 2006 (*Dickson contra Reino Unido*), em um caso no qual a Administração impediu a uma reclusa britânica a aceder a um tratamento de inseminação artificial, assinalou que “*la restricción impugnada [...] se refiere a la negativa por parte del Estado a tomar medidas excepcionales para permitir algo (la posibilidad de concebir un hijo estando preso) que no existe ya como un derecho general*” (fundamento jurídico 30), que “*los Estados Contratantes gozan de un amplio margen de apreciación*” (fundamento jurídico 31), que “*se debe tener en cuenta el justo equilibrio que ha de mantenerse entre el interés general de la comunidad y los intereses de la persona*” (fundamento jurídico 32), e que o acesso a técnicas de reprodução assistida por parte dos presos pode ser limitado para “*el mantenimiento de la confianza del público en el sistema penitenciario y el bienestar del hijo concebido como resultado de la inseminación artificial y, por lo tanto, el interés general de la sociedad en su conjunto*” (fundamento jurídico 33).

Certamente, o fundamento jurídico 57 da sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, de 7 de março de 2006, admitiu que o direito à vida privada reconhecido no art. 8 do Convênio Europeu de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais cobre, assim mesmo, “o direito ao respeito da decisão de ter ou não um filho”, porém, a teor da jurisprudência estabelecida nas duas sentenças anteriores, não parece que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos já esteja em condições de estabelecer que as pessoas tenham um direito fundamental à utilização de técnicas de reprodução

33 No caso, a demandante e seu marido consentiram somente em submeter-se a um tratamento de fecundação *in vitro* antes que fossem extirpados os ovários da mulher, no curso de uma intervenção contra um tumor pré-canceroso. O tratamento deu lugar à fertilização de seis embriões, porém, o casamento terminou antes da implementação de ditos embriões na demandante e o homem retirou seu consentimento para tal intervenção. A demandante recorreu à Lei Britânica de Fertilização Humana e Embriologia de 1990, que impedia levar a cabo a fecundação *in vitro* se um dos membros do casal retirasse seu consentimento, porém, a sentença faz pronunciamentos mais gerais, que desbordam o caso concreto e que se referem, em geral, à faculdade que têm os Estados para regular este tipo de tratamento.

assistida para ter filhos. Pelo contrário, dada a jurisprudência anterior, se o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tivesse que se pronunciar sobre essa questão de forma genérica, provavelmente diria que se trata de uma questão que recebeu distintas respostas nos Estados que ratificaram o Convênio e sobre a qual não existe um consenso em escala européia, e que, por essa razão, é um tema em que há de se reconhecer ampla margem de discricionariedade aos Estados na hora da sua regulação.

Esta doutrina faz com que a possibilidade de aceder aos novos meios de reprodução artificial dependa do conteúdo das leis que a regulam³⁴. O caso mais extremo na Europa ocidental, de limitação à possibilidade de acudir a técnicas de reprodução assistida, é o da Lei Italiana n. 40/2004, de 19 de fevereiro, de normas em matéria de procriação medicalmente assistida, que somente permite a inseminação artificial a esposas heterossexuais, e estabelece que tanto os óvulos como as células-mãe devem proceder necessariamente do mesmo casal em questão e nunca de uma terceira pessoa ou de um banco de sêmen, e proíbe fecundar mais embriões do que aqueles que serão transferidos à mulher, o que obriga que sejam implantados todos os embriões produzidos no laboratório (não mais de três) e impede exame nas células para identificar possíveis defeitos genéticos e, ainda, proíbe conservar os embriões ou criar e destruí-los para fins de experimentação³⁵.

É seguro que entenderíamos que uma lei que proibisse ter filhos de maneira natural a determinados grupos de pessoas seria contrária à liberdade ideológica e à intimidade que reconhece a Constituição, inter-

34 Sobre o tema, em geral, *vide* M. Casado (1997, p. 37-44).

35 Um *referendum* mediante o qual se pretendia eliminar essas restrições à inseminação artificial e a experimentação com embriões fracassou em 12 e 13 de junho de 2005, em razão de que não se alcançou *quorum* necessário de mais da metade dos votantes, em relação com o censo eleitoral. Há que se levar em conta que a Igreja Católica, encabeçada pelo Papa Bento XVI, fez uma chamada à abstenção neste *referendum*. Para uma perspectiva de Direito comparado sobre a legislação de técnicas de reprodução assistida na Suécia, Dinamarca, Noruega, Espanha, Alemanha, Reino Unido e França, J. Vega Gutiérrez (2000). Na Espanha, a regulação atual desta matéria se deve à Lei n. 14/2006, de 26 de maio, de Técnicas de Reprodução Assistida.

pretados conforme as exigências derivadas do respeito à dignidade humana e também poderia ser contrária à proibição constitucional de discriminação, dependendo do motivo pelo qual se estabeleceria dita proibição. Sem embargo, o fato é que, na situação atual, em que existe uma diversidade de meios de reprodução, proibir a reprodução artificial significa impedir ter descendência àqueles que se encontram afetados por alguma causa que não os permita ser pais pela via natural ou simplesmente não desejam empregar os meios naturais para ter descendência. Ademais, a proibição de acudir a técnicas de reprodução artificial significa que o Estado decide optar por determinados ideais morais que distinguem quais são os meios de reprodução lícitos e quais são os ilícitos, ou quais são os tipos de famílias ou de pais lícitos e quais não o são, enquanto que num Estado Democrático cabe aos indivíduos a liberdade de optar pelos ideais morais que preferem e de atuar em conformidade com eles, sem que o Estado possa interferir nessa esfera de liberdade ideológica e intimidade delas.

O direito à reprodução deriva dos direitos à liberdade ideológica e à intimidade das pessoas. Entendemos que, em matéria jurídica, não há diferença entre a reprodução natural e a reprodução assistida, senão um direito à reprodução, que tem um fundamento constitucional e que pode ser exercido, hoje em dia, mediante distintas técnicas. É um erro atuar nesse tema como se na atualidade somente houvesse uma forma de reprodução e a reprodução assistida fosse “outra coisa”.

Certamente, os direitos fundamentais não são ilimitados, porém, raciocinar desde a ótica dos direitos fundamentais significa admitir que aqueles somente podem ser limitados quando afetam os direitos fundamentais de outras pessoas ou a bens e valores objetivos que a Constituição proteja e que o Estado, para tanto, está obrigado a garantir. O Estado pode decidir quais as técnicas de reprodução artificial admite e quais as que proíbe com o fim de garantir direitos tais como os relativos à integridade física ou moral ou à saúde daqueles que devem sofrer as intervenções que

ditas técnicas implicam, para proteger valores como a dignidade humana ou para proteger a saúde e os direitos dos filhos. Isso leva à questão de como controlar as leis do Estado que, desde a base de tais direitos e valores, limitam o uso de técnicas de reprodução artificial³⁶.

Realmente, é necessário reconhecer uma ampla margem de discricionariedade aos Estados para determinar os meios pelos quais consideram conveniente proteger os direitos, bens e valores reconhecidos pela Constituição. A opção de eleger as técnicas de proteção de tais direitos, bens e valores é uma questão de discricionariedade política, pelo que cabe distintas soluções a esse respeito. Sem embargo, os tribunais constitucionais, ainda que respeitando de maneira ampla a margem de discricionariedade política que dispõem os Estados nessa matéria, vêm exigindo, ao menos, dois requisitos às medidas que limitam direitos fundamentais: um fim legítimo e proporcionalidade entre o sacrifício do direito e a situação em que se encontra a pessoa a quem ditas medidas se impõe. Para tanto, entendemos que uma medida que impeça o acesso de determinadas pessoas a técnicas de reprodução artificial somente pode ser entendida em conformidade com a Constituição quando, realmente, encontre-se motivada pela finalidade de proteger direitos, bens ou valores reconhecidos na Constituição e quando seja proporcionada. Por sua vez, os requisitos da proporcionalidade significam que a medida deve ser idônea, ou seja, apta para conseguir o fim que persegue; necessária, o que quer dizer que, quando sejam possíveis medidas alternativas para a proteção de tais direitos, bens ou valores, deve-se escolher aquela que, sendo apta para conseguir o fim perseguido, limite em menor grau os direitos fundamentais afetados, e proporcional em sentido estrito, o que significa que o sacrifício que sofre a pessoa cujos direitos fundamentais

36 Em um caso distinto, porém com pontos comuns, o Tribunal de Apelações do Distrito de Colúmbia decidiu, em 2 de maio de 2006 [caso *Abigail Alliance v. Von Eschenbach*, 445 F.3d 470 (2006)], que os pacientes que sofrem de enfermidades terminais têm um direito constitucional a aceder a medicamentos experimentais que já passaram da Fase I do *test* do FDA (*Food and Drug Administration*), e que ainda não receberam a aprovação final no momento em que se deseja ter acesso a eles. Não obstante, os argumentos nos quais o tribunal baseou sua decisão sejam muito discutíveis.

se vêm limitados deve estar compensado pelos benefícios que a sociedade obtenha em razão da aplicação de dita medida.

Por sua parte, a jurisprudência do Tribunal Supremo dos Estados Unidos estabeleceu que as medidas que limitam direitos fundamentais devem ser submetidas *standards of strict scrutiny*, o que significa que as restrições somente estariam justificadas quando existisse um *compelling state interest* que as motive e quando não houvesse alternativas menos restritivas para proteger tais interesses. Pelo contrário, quando se trata de medidas que limitam outros tipos de direitos, o critério de contraste utilizado pelo Tribunal Supremo é a existência de um *legitimate interest*, que supõe um critério muito mais amplo que aquele encarnado pelo *compelling state interest*.

Em definitivo, entendemos que a proibição de acesso a determinadas técnicas de reprodução artificial somente será possível quando realmente estiver motivada pela proteção de direitos, bens ou valores reconhecidos na Constituição e quando tal proibição possa considerar-se proporcionada e necessária para assegurar a garantia daqueles direitos, bens e valores.

Sem embargo, a proibição generalizada de acudir a técnicas de reprodução aplicada a todas as pessoas que não se encaixam em determinados modelos de pais e de famílias parece uma medida claramente contrária aos direitos fundamentais e liberdades ideológicas e à intimidade das pessoas que desejam converter-se em progenitores. Em primeiro lugar, não parece que é proporcionado entender a necessária proibição de todas essas técnicas para garantir direitos, bens e valores tais como a dignidade humana, o direito à saúde e à integridade física e moral das pessoas. Em segundo lugar, uma proibição tão geral reflete a preferência do Estado por um determinado conceito ético acerca do valor da vida, da reprodução e do modelo de família e de pais³⁷.

37 Uma problemática distinta apresenta o caso de que a própria Constituição regule e limite o uso de técnicas de repro-

Nesse sentido, a STC 116/1999 assinala, ao menos, que o fato de as técnicas de reprodução assistida permitirem a fertilização de qualquer mulher, independentemente de que o doador seja seu marido ou de que esteja ou não vinculada matrimonialmente, não vulnera o núcleo essencial da família, já que

no existe, por lo tanto, una obligada correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación... ni, como queda dicho el concepto constitucional de familia se reduce a la matrimonial (fundamento jurídico 13).

Sem embargo, o Tribunal Constitucional não se questiona se poderia declarar inconstitucional uma lei no caso em que vinculasse o direito de utilizar técnicas de reprodução assistida a pessoas integradas em famílias que seguem o modelo tradicional.

CONCLUSÕES

Pode deduzir-se, de tudo o quanto temos exposto, que o conjunto de normas que, graficamente, denominamos Biodireito parece, ainda hoje em dia, substancialmente resistente à penetração de uma verdadeira argumentação baseada no valor jurídico dos direitos fundamentais como critério para resolver as controvérsias jurídicas que têm lugar em sua origem. O resultado é uma desfundamentalização dos direitos implicados nos fenômenos e práticas regulados pelo conjunto de normas que integram essa disciplina e, como consequência, uma desconstitucionalização global da própria disciplina em seu conjunto.

dução assistida. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 119.2.c, da Constituição Suíça, que estabelece “o recurso a métodos de reprodução assistida pela medicina não estará autorizado, exceto em casos de esterilidade e de perigo de transmissão de enfermidades graves não curáveis por outros meios, e nunca para desenvolver certas qualidades no futuro bebê ou em casos dedicados a investigação científica; a fecundação de óvulos humanos fora do corpo da mulher somente estará autorizada nos casos previstos na lei; não se poderão desenvolver fora do corpo da mulher, até o estado de embrião, um número de óvulos humanos superiores aos que possam ser implantados imediatamente”.

Em alguns casos, como ocorre na jurisprudência de nosso Tribunal Constitucional sobre a interrupção da gravidez, essa desfundamentalização se deve ao fato de que a argumentação jurídica habitualmente construída tende a abstrair das normas constitucionais valores objetivos de distinto significado que se contrapõem uns aos outros, dando lugar a uma total discricionariedade do legislador na hora de eleger quais valores outorga preferência sobre os demais. Trata-se de um tipo de argumentação que não leva em conta o distinto significado que têm, por um lado, tais valores, e, por outro, os autênticos direitos fundamentais do indivíduo e que, por isso, abre a porta para que as leis limitem de maneira inadequada os direitos que se derivam das normas biojurídicas.

Em outros casos, a argumentação jurídica não tem percebido adequadamente a conexão que as novas prerrogativas, que brindam ao indivíduo os avanços em medicina e investigação, têm com o conteúdo dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição. É o que ocorre em relação ao direito de acesso a técnicas de reprodução assistida, em especial quando o Tribunal Europeu de Direitos Humanos deriva do fato de que não se tenha chegado a um consenso sobre o tratamento jurídico deste tema da discricionariedade das normas nacionais para regulá-lo e também com o direito de decidir sobre a própria morte.

Os dados anteriores têm derivado da não-utilização dos padrões habituais que utiliza a argumentação constitucional quando deve julgar sobre a compatibilidade da Constituição com os limites dos direitos fundamentais, como seria o princípio de proporcionalidade na jurisprudência constitucional europeia ou o *strict scrutiny* na jurisprudência do Tribunal Supremo dos Estados Unidos.

Um dos principais fatores que tem contribuído para esse processo que denominamos de desfundamentalização ou desconstitucionalização do âmbito material coberto pelo Biodireito é a reticência da jurisprudência constitucional de utilizar como elemento para confrontar a constitucionalidade de limites

opostos pelas leis aos direitos fundamentais, nesse campo, o direito à liberdade ideológica. Com efeito, a jurisprudência, quando admite certo grau de conexão dos problemas atinentes ao Biodireito com os direitos fundamentais, limita-se a utilizar como critério os direitos que se referem aos bens individuais mais diretamente afetados por tais limites, como a vida ou a integridade física, mas resiste em reconhecer o vínculo das possibilidades de atuação que permitem às pessoas os avanços na medicina e a sua liberdade de eleger e decidir autonomamente sobre as próprias atuações, conforme as opções vitais adotadas de forma livre e individual, como faculdade integrante de sua liberdade ideológica e de sua intimidade.

Resulta necessário, portanto, constitucionalizar a interpretação da situação do indivíduo em relação a esses avanços e técnicas de investigação. Isso significa, em primeiro lugar, fazer expressa a conexão que as novas faculdades que oferecem aos indivíduos tais avanços e técnicas de investigação têm com os direitos reconhecidos pela Constituição, tais como o direito à vida, à integridade física e moral, à intimidade e, sobretudo, à liberdade ideológica. E, em segundo lugar, interpretar os conflitos surgidos neste novo marco, desde técnicas constitucionais, o que significa entender que os direitos fundamentais que o indivíduo pode exercitar no novo marco médico e técnico somente podem ser limitados quando afetem direitos fundamentais de terceiros ou valores e bens objetivos derivados da Constituição, e quando tais limitações tenham como finalidade real proteger tais direitos, valores e bens e sejam proporcionadas³⁸.

Com isso, interpretar a posição dos indivíduos desde os direitos fundamentais supõe aceitar que as decisões éticas sobre o exercício de tais direitos correspondem aos indivíduos e que o Estado não pode impor uma determinada

38 E. Roca I Trias (2004, p. 39), ao examinar as Declarações Internacionais sobre esta matéria, assinala que “la metodología con que se afronta la solución del problema consiste en que la implementación de los derechos humanos, ya sea explicitando unos derechos hasta el momento no identificados, como ocurre con el consentimiento informado, ya sea aplicando aquellos que se hallan positivizados a las situaciones que genera la Biotecnología, del tipo que sea. Ciertamente también, algunas veces se *juridifican* principios éticos y las decisiones de los Tribunales los utilizan como principios generales del derecho. Un claro ejemplo de ello se encuentra en la ampliación del concepto de *dignidad humana* en los Tribunales españoles.”

concepção ética que limite as faculdades que aqueles podem exercer como conteúdo de seus direitos fundamentais. Dessa forma, os direitos fundamentais surgem como garantias de sentido contramajoritário, isto é, como instrumentos para defender espaços individuais de liberdade diante das decisões do poder público, até mesmo quando as instituições públicas representem a maioria da sociedade. Os direitos fundamentais, pois, marcam um espaço de decisão e de ação que o indivíduo pode opor, diante das idéias dominantes da maioria da sociedade. E, igualmente, os direitos fundamentais se erigem, na atualidade, em um instrumento de emancipação da individualidade da pessoa no marco de suas relações com outras particulares. Esse marco de autodeterminação individual, reconhecido pelos direitos fundamentais, pode ser deduzido do direito à liberdade ideológica, seja utilizado como critério autônomo de controle desse direito, seja preferindo considerar que essa margem de autodeterminação está ínsita a todos os direitos reconhecidos na Constituição.

Enfim, o desafio que deve estabelecer a jurisprudência é o de aplicar os direitos fundamentais para resolver controvérsias referidas a novas realidades que, hoje em dia, mantêm-se, substancialmente, fora do âmbito de aplicação de tais direitos. E com isso resulta necessária a existência de uma norma legal que regule as novas faculdades que oferecem ao indivíduo os avanços da medicina e da investigação dentro do marco constitucional, limitando-as somente no caso de entrarem em conflito com os direitos fundamentais ou outros bens e valores derivados diretamente da Constituição³⁹.

39 No mesmo sentido, E. Roca I Trias (1998, p. 183).

BIBLIOGRAFIA

ABEL, F. Decisiones al final de la vida: aspectos éticos, asistenciales y jurisdiccionales. In: DE LA MATA BARRANCO, I (Ed.). *Cuadernos de Derecho Judicial*: Decisiones al final de la vida, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998. p. 22-75.

CASADO, M. (Ed.). *Materiales de Bioética y Derecho*. Barcelona: Cedecs, 1996.

CASADO, M. Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho. *Papers: revista de sociología*, n. 53, 1997. p. 37-44.

_____. Los derechos humanos como marco para el derecho y la Bioética. In: ROMEO CASABONA, C. M. (Ed.). *Derecho biomédico y Bioética*. Granada: Comares, 1998. p. 113-135.

CATALÀ I BAS, A. H. La calidad de vida como elemento integrante de los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad. *Revista General de Derecho*, 2000, 9.157-9.182. p. 670-671.

ENGELHARDT, H. T. *Los fundamentos de la Bioética*. Madrid: Paidós, 1995.

FERNÁNDEZ BERMEJO, M. Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado. In: *Cuadernos de Derecho Judicial*: el consentimiento, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993. p. 37-60.

FERREIRÓS MARCOS, C. E. Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado. *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, n. 5, 2002. p. 563-846.

GALÁN CORTÉS, J. C. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas, 2001.

GARCÍA ARÁN, M. Eutanasia y disponibilidad de la propia vida. In: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Cuadernos de Derecho Judicial: delitos contra la vida e integridad física*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995. p. 9-40.

GROS ESPIEL, H. Constitución y Bioética. In: ROMEO CASABONA, C. M. (Ed.). *Derecho biomédico y Bioética*. Granada: Comares, 1998. p. 137-150.

GUERRERO ZAPLANA, J. *El consentimiento informado: su valoración en la jurisprudencia*. Madrid: Lex Nova, 2004.

LEÓN SANZ, P. *La implantación de los derechos del paciente*. Pamplona: Eunsa, 2004.

MARÍN GÁMEZ, J. A. A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del consentimiento informado. *Revista General de Derecho*, 1995, 8.237-8.257. p. 610-611.

MARTÍNEZ MORÁN, N. Persona, dignidad humana e investigaciones médicas. In: _____. (Ed.). *Biotechnología, Derecho y dignidad humana*. Granada: Comares, 2003. p. 3-43.

MORENO ANTÓN, M. Elección de la propia muerte y derecho hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir. *Derecho y Salud*, v. 12, 2004. p. 61-84.

MOURE GONZÁLEZ, E. Los retos jurídicos que plantea la biotecnología. *Derecho y Salud*, v. 13, 2005. p. 257-283.

REQUERO IBÁÑEZ, J. L. El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones. In: GUERRERO

ZAPLANA (Ed.). *Cuadernos de Derecho Judicial*: la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002. p. 319-417.

REY MARTÍNEZ, F. El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a normas internacionales: análisis del artículo 10.2 C. E. *Revista General de Derecho*, n. 537, 1989. 3.611-3.632.

ROCA I TRIAS, E. La función del Derecho para la protección de la persona ante la Biomedicina y la Biotecnología. In: ROMEO CASABONA, C. M. (Ed.). *Derecho biomédico y Bioética*. Granada: Comares, 1998. p. 165-185.

_____. Biotecnología y normas jurídicas. *Derecho y Salud*, v. 12, 2004. p. 25-42.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. Los derechos constitucionales de los pacientes: derecho a la vida y a la integridad física. *Derecho y Salud*, v. 14, 2006. p. 167-204.

ROMEO CASABONA, C. M. *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Ceura, 1994.

_____. (Ed.). *Derecho biomédico y bioética*. Granada: Comares, 1998.

_____. La relación entre la Bioética y del Derecho. In: _____. (Ed.). *Derecho biomédico y bioética*. Granada: Comares, 1998. p. 151-164.

_____. (Ed.). Biotecnología y Derecho. *Perspectivas de Derecho Comparado*, Granada, 1998.

_____. (Ed.). *Genética y Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

_____. *Los genes y sus leyes*: el Derecho ante el genoma humano. Granada: Comares, 2002.

_____. Los desafíos jurídicos de las biotecnologías en el umbral del siglo XXI. In: MARTÍNEZ MORÁN, N. (Ed.). *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. Granada: Comares, 2003. p. 45-65.

ROMERO COLOMA, A. M. *La medicina ante los derechos del paciente*. Madrid: Montecorvo, 2002.

RUIZ DE LA CUESTA, A. (Ed.). *Bioética y Derechos Humanos: implicaciones sociales y jurídicas*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005.

RUIZ VADILLO, E. El consentimiento informado ante los tribunales. *Actualidad de Derecho Sanitario*, n. 51, 1999. p. 344-345.

SAIZ ARNAIZ, A. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ-CARO, F; ABELLÁN, F. *Derechos y deberes de los pacientes: Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas*. Granada: Comares, 2003.

TARODO SORIA, S. La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano. *Derecho y Salud*, v. 14, 2006. p. 229-250.

VARSÍ RASPIGLIOSI, E. *La bioética y el Derecho genético: elementos básicos del Derecho Constitucional y del Derecho civil que deben tomarse en cuenta en una futura normatividad*. Disponible en: <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate_constitucional/aportes/APORTES-APORTE-DE-ENRIQUE-VARSÍ---ROSPIGLIOSI.HTM>.

VEGA GUTIÉRREZ, J. *La ley española de reproducción asistida y el contexto europeo*. Disponible en: <<http://www.bioeticaweb.com/content/view/263/48/>>.